



## Panorama actual

# de la contratación estatal, visión y desafíos

*La Cámara Técnica del ramo realizó el evento virtual El seguro de Cumplimiento: Panorama actual de la contratación estatal, visión y desafíos, en el cual se abordaron temas de actualidad desde la perspectiva de todos los actores que intervienen en la ejecución de contratos estatales.*

**Danielle Gómez Pérez**

Subdirectora de las Cámaras Técnicas de Cumplimiento y Responsabilidad Civil de Fasecolda

**Daniela Arias Arias**

Directora de las Cámaras Técnicas de Cumplimiento y Responsabilidad Civil de Fasecolda

Como panelistas invitados contamos con la participación de Armando Gutiérrez Villalba, socio y fundador de la firma Vélez Gutiérrez Abogados, quien ha actuado en diversos escenarios como apoderado de contratistas y aseguradoras en procesos administrativos; Juan Esteban Gil, director del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), quien socializó con los participantes una serie de proyectos de contratación para el mejoramiento de la infraestructura vial del país; Juan Carlos Quiñones, vicepresidente jurídico de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI); y Juan Manuel Martínez, socio director de la firma Bonus Banca de Inversión. Los invitados compartieron sus experiencias como contratistas e inversionistas de proyectos en los cuales el Estado colombiano es el contratante.

Las memorias de las intervenciones de los panelistas se presentarán en la Revista Fasecolda, con el fin de que los temas tratados puedan ser consultados por el público en general. Por lo extenso del evento, es necesario dividir las memorias en varias entregas, en este artículo se presentan las correspondientes a la intervención de Armando Gutiérrez.

## ***El impacto de la pandemia en el contrato estatal y en la garantía única de cumplimiento***

### ***Armando Gutiérrez Villalba***

El doctor Armando Gutiérrez presentó en su exposición una serie de interrogantes y reflexiones sobre los retos que enfrenta el seguro de cumplimiento en las condiciones actuales y elaboró un análisis jurídico de diferentes escenarios a los que se puede ver expuesta la ejecución de los contratos estatales por los efectos de la pandemia.

Así las cosas, dichos análisis fueron segmentados en cuatro grandes frentes: i) situaciones que afectan la responsabilidad del contratista y de la aseguradora, ii) efectos de esas situaciones sobre la continuidad del contrato garantizado y la continuidad del seguro, iii) la posibilidad de no continuar amparando el contrato garantizado, y iv) el principio de indivisibilidad de las garantías.

Previo a exponer lo puntos de la conferencia, fue necesario realizar algunas precisiones propias del seguro de cumplimiento, respecto de su naturaleza y función.

Se indicó que si no hay responsabilidad contractual del contratista garantizado, consecuentemente tampoco habrá responsabilidad de la aseguradora del cumplimiento de un contrato.

Esto no quiere decir que, en todos los casos, si existe responsabilidad del contratista también habrá automáticamente responsabilidad de la compañía aseguradora, pues es posible que se presenten eventos de responsabilidad del contratista sin que por virtud de esa responsabilidad surja la obligación indemnizatoria de la aseguradora.

Lo que se pretende entonces es que cuando el contratista ha de responder, también deba hacerlo el garante, sin perjuicio de que la extensión de la responsabilidad de este último, en caso de ser una compañía aseguradora, dependa de la cobertura que se afecte y del valor asegurado correspondiente a dicha cobertura.

En todo caso, el alcance de la responsabilidad de la aseguradora puede diferir de la responsabilidad del contratista, pues la delimitación del seguro respecto de sus vigencias y valores asegurados puede ser diferente a la del contratista.

## 1. Situaciones que afectan la responsabilidad del contratista y de la aseguradora

### 1.1. La fuerza mayor

Cuando se habla de la fuerza mayor, se hace referencia a situaciones imprevisibles e irresistibles. Si el incumplimiento se basa en una fuerza mayor, esta es un eximente de responsabilidad, y en este entendido no surge responsabilidad del contratista, por ende, tampoco de la aseguradora.

Se llama la atención sobre las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para la atención de la pandemia, pues muchas personas señalaron que esta situación (la pandemia) generaba una circunstancia de fuerza mayor. Sin embargo, no se debe perder de vista que la fuerza mayor no puede ser invocada en abstracto, sino en casos en concreto, por lo cual se debe evaluar de manera puntual sus consecuencias y la imposibilidad permanente de poder cumplir determinadas obligaciones contractuales.

Lo anterior es importante, pues existen contratos donde, a pensar de la pandemia, era factible continuar con el cumplimiento de las obligaciones. Por ejemplo, el pago de aportes en contratos de concesión es una obligación dineraria sobre la cual no es posible alegar que la pandemia causó una imposibilidad para atender la obligación. En este sentido, la pandemia como fuerza mayor no sería un eximente de responsabilidad.

Por otro lado, frente a la afectación de la ejecución de un contrato por fuerza mayor se debe tener en cuenta que se pueden presentar dos situaciones:

- a. Imposibilidad permanente y absoluta de ejecutar el contrato. En este escenario, cuando la imposibilidad permanente y absoluta de ejecutar el contrato se da como consecuencia del acaecimiento de un hecho de fuerza mayor, se está ante un eximente de responsabilidad y, por ende, el incum-

plimiento no es imputable al contratista, por lo cual tampoco le será atribuible responsabilidad alguna a la aseguradora.

- b. Imposibilidad transitoria o temporal para cumplir determinadas obligaciones contractuales. La Corte Suprema de Justicia, sobre el particular, ha indicado que no es dable la aplicación de ningún tipo de sanción moratoria al contratista cuando el retardo no es imputable al mismo y cuando sobre la ejecución del contrato recaiga una imposibilidad transitoria para su cumplimiento. En este caso, consecuentemente tampoco sería viable declarar ningún tipo de responsabilidad de la aseguradora.

Ahora, superada la situación de imposibilidad, el contratista está obligado a cumplir con sus obligaciones conforme lo establece el contrato, so pena de que se le declare un incumplimiento ahora sí imputable al mismo.

### 1.2. Desequilibrio económico contractual

Con ocasión de la pandemia y las medidas tomadas para superar la crisis, se ha generado el desequilibrio económico de algunos contratos. Así las cosas, la ecuación económica planteada al momento de la celebración del contrato puede verse alterada por eventos sobrevinientes, que pueden impactar el equilibrio económico contractual, los cuales pueden ser:

- a. Hecho del príncipe. Decisiones estatales (no de la entidad contratante) como las medidas gubernamentales tomadas en el marco de la pandemia, que terminan afectando el equilibrio del contrato. Un ejemplo de ello es la implementación de medidas de bioseguridad, el control de aforo y la restricción de la locomoción, cuestiones que pueden generar impactos de consideración que llevarían a buscar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.
- b. Teoría de la imprevisión. Hechos imprevisibles para las partes, que afectarían la ecuación econó-

mica del contrato; ejemplo: la escasez de materia prima.

- c. Lus variandi. Facultad que le asiste al contratante de modificar de manera unilateral el contrato, lo que puede llevar a un desequilibrio económico del mismo.

En cualquiera de los tres escenarios anteriormente enunciados no se está frente a una imposibilidad absoluta o temporal de cumplir el contrato, pues ninguna de estas situaciones hace que el contrato sea inejecutable. Sin embargo, estas circunstancias sí pueden generar que su ejecución sea bastante onerosa, lo que llevaría a un desequilibrio económico cuyo impacto podría, eventualmente, hacer excesivamente difícil la ejecución del objeto contractual y, en consecuencia, llevarlo a su paralización.

---

➔ Se indicó que si no hay responsabilidad contractual del contratista garantizado, consecuentemente tampoco habrá responsabilidad de la aseguradora del cumplimiento de un contrato.

---

Esta paralización, que podría darse por el desequilibrio económico del contrato, no es considerada un eximente de responsabilidad en sí mismo, pero no podría sostenerse que se está frente a un incumplimiento imputable al contratista.

En todo caso, no podemos olvidar que el restablecimiento del equilibrio económico contractual es una responsabilidad de la entidad contratante, de manera que no resolverlo puede redundar en un incumplimiento obligacional, e incluso, podría derivar en que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido, que si bien no lo faculta para incumplir, desem-



bocaría en que no se encuentre en mora mientras su contraparte, la entidad contratante, no cumpla con el restablecimiento mencionado.

En este último evento, es decir, siendo alegable esa excepción, no va a tener lugar la responsabilidad del contratista, por ausencia de mora, y tampoco se afectará el seguro de cumplimiento, en concordancia con lo que se ha explicado.

## 2. Efectos de esas situaciones sobre la continuidad del contrato garantizado y la continuidad del seguro

Una vez analizadas las situaciones anteriores, a continuación se describen los impactos sobre la continuidad del contrato estatal y del contrato de seguro de cumplimiento:

### 2.1. Fuerza mayor-imposibilidad permanente y absoluta

En caso de que se presente una imposibilidad absoluta y permanente de continuar con el contrato, el vínculo jurídico debe terminar, ya que no hay razón para que el mismo subsista, toda vez que se frustró por completo la posibilidad de ejecutar el objeto contractual.

Ante una situación de fuerza mayor que imposibilite de manera permanente y absoluta la ejecución del contrato, no podrá decirse que existe responsabilidad de la aseguradora, pues en tanto el riesgo asegurado, que es el incumplimiento, desapareció en virtud de la fuerza mayor, no habrá entonces responsabilidad de la aseguradora.

### 2.2. Fuerza mayor-imposibilidad temporal

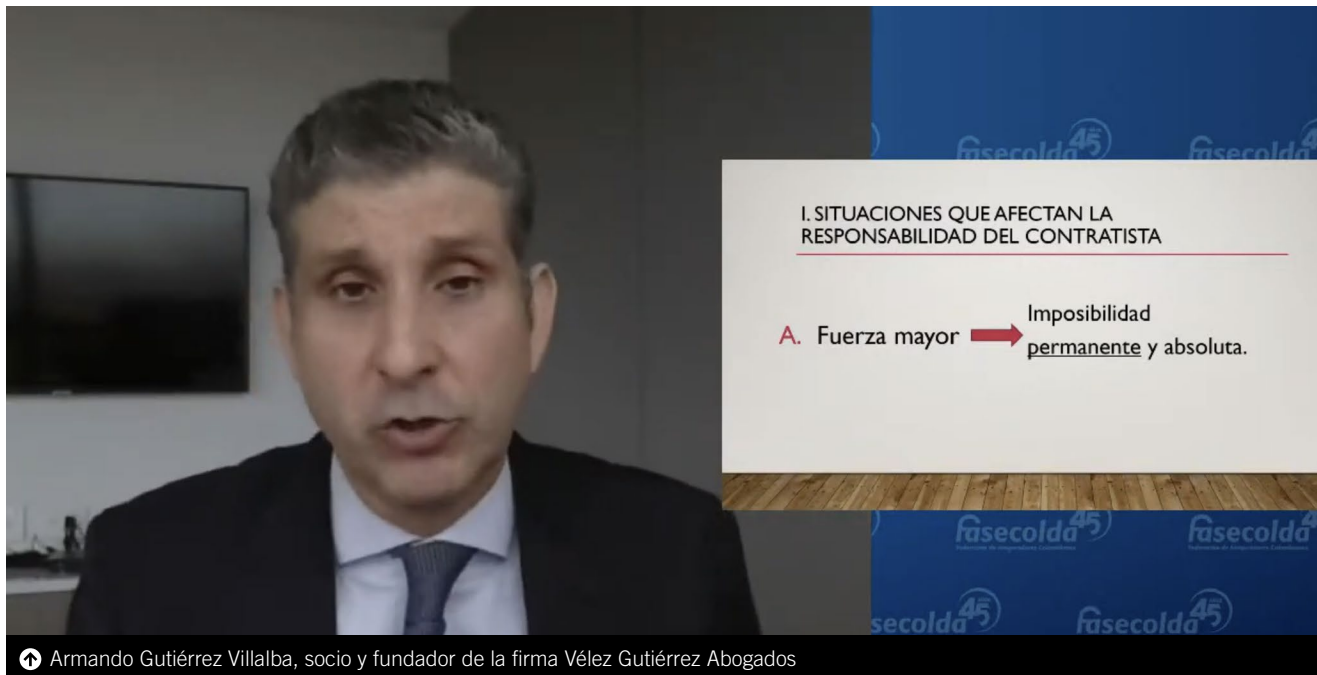
Esta fue la situación más recurrente presentada en el marco del manejo de la pandemia por el COVID-19. En este escenario es necesario hablar de la figura de «suspensión del contrato», la cual supone su entrada

en latencia, en la cual no se hacen exigibles ninguna de las obligaciones entre las partes.

Hablando de suspensión contractual, el contrato puede entrar en este estado, entre otras, por un pacto contractual, es decir, por cumplirse una de las causales de suspensión establecidas inicialmente en el contrato, también porque las partes, una vez evidenciada la imposibilidad temporal, deciden por mutuo acuerdo suspenderlo, por causas exógenas a ellas como por ejemplo, hechos de la naturaleza, alteraciones de orden público o la decisión de una autoridad, o porque la entidad contratante así lo decida. El Decreto 482 de 2020 trae un ejemplo sobre la posibilidad de suspender los contratos en el marco de la atención de la pandemia por parte de la entidad pública.

En ese sentido, ¿cuáles son los efectos de la suspensión del contrato y su repercusión en el seguro de cumplimiento?:

- a. Cuando hay una suspensión total del contrato: a pesar de que no hay ningún tipo de disposición legal que así lo establezca, cuando el contrato con la entidad estatal se suspende en su totalidad, se entiende que el contrato de seguro también lo hace. En esa medida, al suspender el contrato el riesgo de incumplimiento no existe.
- b. Cuando la suspensión es parcial: se puede dar el escenario en el cual se suspendan una serie de obligaciones, pero otras sigan vigentes. En este caso el seguro sigue vigente, toda vez que se encuentra amparando el cumplimiento de las obligaciones que son exigibles o que se siguen ejecutando; ejemplo, el pago de obligaciones dinerarias.
- c. Cuando la suspensión obedece a la voluntad de las partes: en este punto es importante evaluar si se está o no frente a una modificación del riesgo asegurado. En muchos casos, la suspensión por voluntad de las partes puede no suponer una modificación al estado del riesgo, pero existen eventos en los cuales las partes, por mutuo acuerdo, sus-



penden la ejecución del contrato y paralelamente, hacen modificaciones al mismo aumentando cantidades de obra, plazos de ejecución, presupuesto, entre otros. En estos escenarios, se sugiere que dichas modificaciones se pongan en conocimiento de la aseguradora, para que expida los anexos correspondientes y exista su consentimiento en asegurar dichas modificaciones.

### 3. Posibilidad de no continuar amparando el contrato garantizado

Ahora bien, en este punto se analizará si las situaciones que se han presentado por razón de la pandemia y de las medidas para superarla o mitigarla permiten que las compañías aseguradoras se sustraigan de su compromiso contractual.

Para resolver este interrogante es necesario tener en cuenta que, desde un punto de vista conceptual, en el Decreto 1082 de 2015 es clara la intención del Legislador en que no haya terminación del contrato de seguros por situaciones imputables al contratista, tales como la mora en el pago de la prima o la reticencia e

inexactitud, ello en atención a la función de garantía que brinda el seguro y a su función económica.

En esa medida, cuando se está frente a la posibilidad de un incumplimiento, el asegurador enfrenta dos situaciones que pueden abrir el espacio a dudas para determinar si es viable o no retirarse del riesgo:

**3.1.** Situaciones no generadas por un acuerdo entre las partes: se considera que cuando sobrevienen causas externas a acuerdos entre las partes, tales como dificultades económicas del contratista, en dichos escenarios no es viable para la compañía aseguradora sustraerse del riesgo, ya que esto es parte del riesgo asumido por la compañía a la hora de suscribir y emitir la póliza.

**3.2.** Situaciones generadas por acuerdos entre el contratista y el contratante: hay acuerdos celebrados entre las partes que pueden aumentar la posibilidad de que el riesgo se materialice. Sobre estos eventos a la aseguradora le asistiría la facultad de decidir si se mantiene en el riesgo o no. En caso de no avisársele sobre dichas modificaciones, el asegurador debería poder renunciar al riesgo.

Ejemplos para estos escenarios pueden ser, entre otros, la reducción del plazo de ejecución del contrato, disminuciones del anticipo, mayores permanencias en obra no reconocidas al contratista, en últimas, modificaciones al estado del riesgo que lo hagan más gravoso o azaroso.

Sin embargo, hay modificaciones contractuales que no representan un aumento de la posibilidad de incumplimiento. Por ejemplo, adiciones que representan un mínimo costo, como decoración, en el presupuesto de ejecución. En este caso a la aseguradora no le asistiría la posibilidad de retirarse del riesgo asegurado, con la salvedad de que, si la modificación no fue notificada a la aseguradora y no se ejecutan esas obras de decoración, ese hecho podría no estar cubierto, pero no exonera a la aseguradora de la responsabilidad de cubrir el cumplimiento del objeto principal del contrato.

Por último, dentro de las consideraciones finales que se tuvieron en esta parte del evento, se tuvo un capítulo relacionado con el principio de indivisibilidad de las garantías, en el cual se tuvieron las siguientes consideraciones:


#### **4. Principio de indivisibilidad de las garantías**

En el Decreto 1082 de 2015 se establece que la regla general es la indivisibilidad de la garantía, sin embargo, el artículo 2.2.1.2.3.1.3. de este decreto establece la excepción a esta regla para contratos

cuyo plazo de ejecución es superior a cinco años. Así mismo, en dicho artículo se establece que el garante podrá retirarse del riesgo, siempre y cuando notifique con seis meses de antelación a la terminación de la etapa contractual garantizada.

Imaginemos, por ejemplo, una concesión aeroportuaria que se ve afectada en materia de recaudos como consecuencia de las medidas del Gobierno Nacional. Si faltaban más de seis meses de vigencia de la póliza cuando se dio esa situación, es muy probable que la aseguradora de cumplimiento haya dado el aviso establecido en la norma.

Ahora, ¿qué ocurriría si la situación tuvo lugar faltando menos de seis meses de vigencia de la póliza y la aseguradora no dio el aviso? La norma no deja espacio para la interpretación; sin embargo, en una situación como esa se requiere que se restablezca el equilibrio económico. ¿Si la entidad no restablece el equilibrio la aseguradora puede negarse a continuar con el riesgo? Es difícil sostenerlo, sobre todo si se tiene en cuenta que ante esa situación podría no haber responsabilidad contractual del contratista garantizado.

En todo caso, no son pocos los problemas que se presentan en esta materia, porque en un caso como el que se acaba de describir probablemente la aseguradora pretenderá otorgar las garantías en otras condiciones. Por ello las aseguradoras procuran dar el aviso de no continuidad, con el fin de poder tener un margen de negociación justo, frente al costo de las primas, por análisis de modificación del riesgo. 

# AUSTRAL / Re

Nos movemos para construir relaciones de largo plazo, creando verdaderas alianzas mediante un servicio cercano, proactivo y flexible.

